



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS

RESOLUÇÃO Nº 387/2011 – TCE/TO – PLENO

- 1.Processo nº: 01265/2011
2.Classe de Assunto: (III – Plenário) Consulta
3.Entidade: Prefeitura de Natividade/TO
4.Consulente: Joaquim Rodrigues Ferreira - Prefeito
5.Relator: Auditor Substituto de Conselheiro Aداuton Linhares da Silva
6.Representante do MP: Procurador Geral de Contas Márcio Ferreira Brito

Ementa: Consulta. Conhecida. Legalidade da Lei Municipal 052/07. Suspensão de pagamento do salário. Não cumprimento à lei municipal. Publicação. Remessa à origem.

7. Resolução:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de nº 01265/2011, que versam sobre Consulta formulada pelo Prefeito Joaquim Rodrigues Ferreira, do município de Natividade/TO acerca da legalidade de pagamento dos salários dos servidores efetivos municipais que cursam o ensino superior em outro município, amparados pela Lei Municipal nº 052/2007 e,

Considerando o art. 150, § 3º do Regimento Interno, deste Tribunal;

Considerando ainda que o Administrador Público está atrelado à letra da lei, como preceitua o art. 37, caput, da Constituição Federal;

Considerando por fim, tudo que dos autos consta;

RESOLVEM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator e com fundamento no art. 1º inciso XIX da Lei 1.284/2001 c/c arts. 150 e 294, XV do Regimento Interno deste Tribunal em:

7.1. conhecer da presente consulta por atender as exigências do artigo 150 do Regimento Interno deste Tribunal de Contas e por se tratar de matéria de alcance da competência fiscalizadora deste Sodalício;

7.2. responder à consulta nos termos constantes do Voto do Conselheiro – Relator, o qual passa a fazer parte integrante da decisão;

7.3. determinar o encaminhamento de cópia do Relatório, Voto e Resolução ao Senhor Joaquim Rodrigues Ferreira, Prefeito de Natividade/TO;

7.4. determinar a publicação da decisão no Boletim Oficial do Tribunal de Contas, nos termos do art. 341, § 3º do Regimento Interno deste Tribunal, para que surta os efeitos legais necessários;

7.5. determinar o encaminhamento dos autos à Diretoria Geral de Controle Externo para as devidas anotações e posteriormente, a Coordenadoria de Protocolo Geral para que providencie o retorno dos mesmos à origem.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS, Sala das Sessões Plenárias, em Palmas, Capital do Estado do Tocantins, aos 18 dias do mês de maio de 2011.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS

VOTO

Do exame dos pressupostos de admissibilidade, verifica-se que a parte é legítima e a matéria é da competência desta Corte de Contas.

Compulsando os documentos acostados aos autos constatei que a situação aqui examinada se apresenta como caso concreto configurado por circunstâncias absolutamente específicas e peculiares, não podendo o Tribunal de Contas substituir o administrador na definição do interesse do Estado à vista de circunstâncias próprias de caso concreto e na avaliação de cada uma das soluções preconizadas. Porém, cabe lembrar que o art. 152 do Regimento Interno desta Casa que estabelece: “as decisões proferidas pelo Tribunal de Contas em virtude de consultas terão caráter normativo e força obrigatória, importando em prejulgamento de tese e não do caso concreto”.

A Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins (Lei Estadual nº 1.284/2001) em seu art. 1º, inciso XIX, estabelece, dentre as competências do Tribunal, a de apreciar consultas que lhe sejam formuladas, nos termos do disciplinado no seu Regimento Interno (art. 150 a 155). Assim, a consulta deve versar quando houver dúvidas na aplicação de dispositivos legais e regulamentares, concernente, portanto, à matéria de competência do Tribunal de Contas.

A matéria relativa a esta consulta cinge-se na legalidade ou não em suspender o benefício (recebimento de salário sem a devida contraprestação de serviço) da qual os servidores listados na folha 13 usufruem, por força da Lei Municipal 052/07.

Partindo da premissa que a nomeação em caráter efetivo depende de prévia aprovação em concurso público compatível com a natureza e complexidade do cargo a ser provido, que a posse é ato jurídico bilateral, em que o servidor é investido das atribuições e responsabilidades inerentes ao cargo e a nomeação somente dá ao nomeado a condição de servidor com a posse, momento em que exige-se, de ambas as partes, o cumprimento das obrigações assumidas: ao ente público de efetuar o pagamento do respectivo salário e do servidor o cumprimento das atribuições, efetivando a contraprestação dos serviços.

No caso em tela, a Lei nº 052/07, de 20 de abril de 2007, folha 03, da municipalidade de Natividade, sancionada pelo então prefeito Albany Nunes Cerqueira, objetivando incentivo de estudo superior a funcionários municipais, permitiu que somente alguns dos servidores fossem beneficiados, transcrevo, no corpo deste voto, teor da lei supramencionada, na íntegra:

“LEI Nº 052/07

Cria incentivo a funcionários públicos do município de Natividade que cursem faculdade em outro município e dá outras providências.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS

A Câmara Municipal de Natividade, Estado do Tocantins, aprovou e eu Prefeito Municipal sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º - Preservará o direito a percepção do salário o funcionário público concursado que lograr aprovação em Faculdade deste Estado e tiver que cursá-la fora deste município.

Parágrafo primeiro - Os direitos previstos no artigo anterior prevalecerá mesmo que o funcionário encontre em estágio probatório.

Parágrafo segundo - Durante o período de férias escolar o funcionário deverá estar à disposição da Prefeitura para atendimento de escala de trabalho, preferencialmente nas atividades sociais da municipalidade.

Art. 2º - O funcionário beneficiário com os incentivos da presente Lei não poderá ser reprovado e terá obrigatoriedade de apresentar bimestralmente no órgão próprio da administração municipal o comprovante da matrícula e frequência para o acompanhamento de seu desempenho acadêmico por parte da Prefeitura.

Art. 3º - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogando as disposições em contrário.

Gabinete do Prefeito Municipal de Natividade, Estado do Tocantins aos 20 dias do mês de abril do ano de 2007.” (grifei)

O controle de legalidade deve ser verificado à luz dos princípios que regem a atuação da administração pública. Assim, a atividade da autoridade administrativa está vinculada pelo dever de motivar seus atos. Neste contexto, havendo desequilíbrio em qualquer das partes envolvidas – pagamento de salário x não contraprestação de serviço – sobressai nítida violação ao princípio da moralidade administrativa, que representa o dever de o Administrador Público atuar em conformidade com os princípios éticos, na conformidade do art. 37 da Constituição Federal.

O eminente doutrinador Hely Lopes Meirelles¹ sobre o assunto, diz:

“O cumprimento de leis inconstitucionais tem suscitado dúvidas e perplexidade na doutrina e jurisprudência, mas já se firmou o entendimento – a nosso ver, exato – de que o Executivo não é obrigado a acatar normas legislativas contrárias à Constituição ou a leis hierarquicamente superiores. O Estado de Direito, como o nosso, são dominados pelo princípio da legalidade. Isto significa que a Administração e os administrados só se subordinam à vontade da lei – mas da lei corretamente elaborada. Ora, se as leis inconstitucionais não são normas jurídicas atendíveis, pela evidente razão de que colidem com o mandamento de uma lei superior, que é a Constituição. Entre o mandamento da lei ordinária e o da

¹ MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Municipal Brasileiro, 2003, Malheiros Editora, São Paulo, p. 707



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS

Constituição, deve ser atendido o desta, e não o daquela, que lhe é subordinada. Quem descumprir lei inconstitucional não comete ilegalidade, porque está cumprindo a Constituição.”

E, ainda²:
“(…)

O essencial é que o prefeito, ao negar cumprimento a uma lei inconstitucional, justifique seu ato e ingresse no Judiciário, se for titular da ação, para obter o pronunciamento de inconstitucionalidade pelo Poder que tem competência para fazê-lo.

(…)

Decidindo a mesma controvérsia no âmbito local, o TJSP, pelo voto do ilustrado Des. Andrade Junqueira, deixou julgado que, “se o prefeito municipal entende que determinada lei é inconstitucional, cabe-lhe o direito de não executá-la; e aos particulares prejudicados com a não execução cabe o direito de pleitearem ao Judiciário a proteção que lhes adviria da lei não executada, desde que entendam que não padece ela do vício da inconstitucionalidade.”

Nesta seara segue entendimento do Tribunal de Contas da União:

“Denúncia. Suposta irregularidades praticadas pelo SENAC PR. Inspeção realizada. Constatação do pagamento de salários sem a devida contraprestação do serviço. Entidade não contemplada com plano de cargos e salários. Transferência indevida de verbas à Federação do Comércio Varejista do Paraná. Recebimento de terreno a título de doação em pagamento. Ausência de escritura pública. Conhecimento. Procedência parcial. Determinação. Constituição de processo apartado. Arquivamento.”

O parâmetro da inconstitucionalidade encontra-se nas leis hierarquicamente superiores, para fins de legalidade.

O art. 98 da Lei nº 8.112/90, estabelece a concessão do horário especial ao servidor e, por sua vez não faz diferença entre curso de graduação ou de pós-graduação, como se vê abaixo transcrito:

Art. 98. Será concedido horário especial ao servidor estudante, quando comprovada a incompatibilidade entre o horário escolar e o da repartição, sem prejuízo do exercício do cargo. (grifei)

^{2 2} MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Municipal Brasileiro, 2003, Malheiros Editora, São Paulo, p. 708



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, será exigida a compensação de horário no órgão ou entidade que tiver exercício, respeitada a duração semanal do trabalho. (Parágrafo renumerado e alterado pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)”(grifei)

É clara a legislação ao prever que somente quando for possível é que se poderá conceder horário especial ao servidor estudante, sendo que tal concessão deve estar adstrita à observância dos princípios que regem a Administração Pública, quais sejam: supremacia do interesse público, moralidade, necessidade e continuidade do serviço público.

Constata-se, todavia, que não se trata de mera discricionariedade outorgada ao Administrador, a seu juízo de oportunidade e conveniência, mas atendidos os requisitos legais, deverá ser concedido o horário especial ao servidor. Tais requisitos a serem observados são os seguintes: comprovação de incompatibilidade entre o horário escolar e o da repartição, ausência de prejuízo ao exercício do cargo e a compensação de horário no órgão em que o servidor tiver exercício, respeitada a duração semanal do trabalho.

A incompatibilidade entre o horário escolar e da repartição, como requisito ao direito de horário especial, é que o servidor esteja matriculado em cursos regulares de ensino fundamental, médio ou superior (como ensino superior entende-se abranger os cursos de pós-graduação em mestrado ou doutorado, especialização ou aperfeiçoamento), e que o horário seja incompatível com o da repartição.

O requisito de ausência de prejuízo ao exercício do cargo deve levar em consideração as atribuições do cargo, o horário de funcionamento da repartição e a proposta de compensação formulada pelo servidor. A Administração, quando da análise deste requisito pautar-se-á com base nos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e impessoalidade, a garantir o gozo efetivo do direito ao horário especial, sem, contudo, que haja prejuízo à Administração.

A compensação do horário e observância da duração semanal do trabalho há de se destacar que a garantia de horário especial para o estudante não o exime do cumprimento da jornada de trabalho a qual está sujeito, assumindo, então, o dever de compensar as horas de ausência.

É o que dispõe o Decreto nº 1.867/97:

“Art. 2º. O controle de assiduidade do servidor estudante far-se-á mediante folha de ponto e os horários de entrada e saída não estão, obrigatoriamente, sujeitos ao horário de funcionamento do órgão ou entidade, a que se refere o art. 5º do Decreto nº 1.590, de 10 de agosto de 1995.”



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS

Nesse entendimento, do Tribunal Federal da 1ª Região:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR PÚBLICO. HORÁRIO ESPECIAL. SERVIDOR ESTUDANTE. LEI 8.112/90 ART. 98.

1. É possível a concessão de horário especial pleiteado por servidor estudante sem prejuízo do cargo, se comprovada a incompatibilidade entre o horário escolar e o da repartição.

2. Agravo que se nega provimento. PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR PÚBLICO. HORÁRIO ESPECIAL. SERVIDOR ESTUDANTE. LEI 8.112/90 ART. 98. 1. É possível a concessão de horário especial pleiteado por servidor estudante sem prejuízo do cargo, se comprovada a incompatibilidade entre o horário escolar e o da repartição. 2. Agravo que se nega provimento. (AG 2003.01.00.011607-5/DF, Rel. Desembargador Federal Tourinho Neto, Segunda Turma, DJ p.82 de 28/10/2003)

De maneira geral, a concessão de horário especial para servidor estudante é um direito institucional e se afigura benéfica, pois é responsável pelo aprimoramento técnico da própria Administração.

Como já dito, as leis municipais tem seu arcabouço em leis superiores, e como visto, a Lei 052/07 foi editada sem respaldo hierárquico. O prefeito é o guardião do patrimônio e interesse públicos e, o princípio constitucional que impera, neste caso, é o da supremacia do interesse público, que celebra a superioridade do interesse da coletividade. É o pressuposto de que, por ordem estável, todos e cada um devem sentir-se garantidos e resguardados nos seus direitos e bens.

Da análise dos autos, verifico que os servidores que obtiveram a concessão para estudar não preenchem os requisitos alhures delineados. Obviamente que não há norma que obste ao servidor o direito de cursar o ensino superior. Veda-se a não compatibilidade de horários.

Neste entendimento, em resposta à consulta, verifico que a Lei Municipal nº 052/07 resguarda interesses particulares face ao interesse e patrimônio públicos, por não preencher os requisitos essenciais à concessão de horário especial a servidor.

Ante o exposto e considerando tudo o mais que dos autos consta, VOTO no sentido de que este Tribunal acate as providências abaixo mencionadas, adotando a decisão, sob a forma de Resolução, que ora submeto a deliberação deste Colendo Pleno:



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS

- a) conheça da presente consulta por atender as exigências do artigo 150 do Regimento Interno deste Tribunal de Contas e por se tratar de matéria de alcance da competência fiscalizadora deste Sodalício;
- b) responda à consulta nos termos constantes do Voto do Conselheiro – Relator, o qual passa a fazer parte integrante da decisão;
- c) determine o encaminhamento de cópia do Relatório, Voto e Resolução ao Senhor Joaquim Rodrigues Ferreira, Prefeito de Natividade/TO;
- d) determine a publicação da decisão no Boletim Oficial do Tribunal de Contas, nos termos do art. 341, § 3º do Regimento Interno deste Tribunal, para que surta os efeitos legais necessários;
- e) determine o encaminhamento dos autos à Diretoria Geral de Controle Externo para as devidas anotações e posteriormente, à Coordenadoria de Protocolo Geral para que providencie o retorno dos mesmos à origem.

SALA DAS SESSÕES, em Palmas, Capital do Estado, aos 18 dias do mês de maio de 2011.